6

✠

MANIFIESTO

CIVIL, Y JURIDICO,
A FAVOR

DE DOÑA ROSA

LERCARO JUSTINIANO,

EN EL PLEYTO,

QUE CON LA SUSODICHA SIGUE

D.N DIEGO LERCARO

SOBRE LA PERTENENCIA

DE EL ANIVERSARIO, O VINCULO,
que fundó Marina de Mirabal,

EN QUE HAVIENDO AUTO DIFINITIVO PROVEIDO á favor de el Don Diego por la Real Audiencia de las Islas de Canarias,

PRETENDE LA DOñA ROSA, QUE POR LOS SEñORES de ésta se revoque el dicho Auto, mediante la Apelacion, que tiene interpuesta, declarandose la propriedad, y pertenencia de dicho Vinculo à la citada Parte apelante.

CON LICENCIA DE LOS SEÑORES REGENTE, Y OIDORES DE LA LEAL AUDIENCIA.

En Sevilla, en la Oficina de D. Josef de San Román y Codina, en la Calle de las Armas, junto à S. Antonio Abad.
Año de 1780.

ARGENTUM, ET AURUM NON EST MIHI, quod autem habeo hoc tibi do: Act. Apost. cap. 3. vers. 6.


LUCTUANDO (CON ingenuidad lo confieso) entre dos fuertes, y poderosos escollos, se viò mi pobre, y afligido discurso en el estrecho de un superior, y venerado precepto, quasi para zozobrar, como si dixeramos, entre Scilla, y Charibdis, que como cantò el Poeta, ciñen el de Sicilia, ò magna Grecia, poniendo en continuo riesgo à las Naves, que les surcan:

Dextrum Scilla latus, laevum implicata Charibdis, obsidet. *Virg. Æneid. 3.*

Inclinabame mi respecto oficioso al cumplimiento del mandato, considerando la honrosa dignacion con que en èl soi favorecido; y queriendolo executar gustoso, me hacìa retroceder temeroso la consideracion del grande empeño, que desmesurado abatìa el caudal de mi corto, ò ningun ingenio; què havia de hacer en tal conflicto, para no servir de funesto asunto al Tragico quando canta?

Incidit in Scillam, cupiens vitare Charibdin.

Què?

Què? La experiencia nos lo enseña: buscar un Práctico, que sabiamente experimentado, me dirigiese para salir con felicidad; asi lo solicitè, y tuve la fortuna de hallarlo, nada menos, que el Señor S. Bernardo: Hallabase el Santo en el mismo empeño; y queriendo obsequioso dar cumplimiento à el encargo, le retardaba la execucion su humilde abatimiento: *Gravamur pondere dignitatis, sed dignitatis munere gratulamur, et blanditur petentis favor, et petitionis terret ex actis.* Decia el Santo: quièn soi yo para tanto empeño como el de escrivir? Pero quièn soi, para no obedecer? *Quid enim nos sumus, ut scribamus? Sed rursus qui non obediamus?* En uno, y otro estrecho encuentrogrande peligro: *Utrobique periculum*; pues què he de hacer? Yà responde el Santo, resolviendo como tan discreto, y experimentado, à seguir el rumbo de la obediencia, en cuya observancia se reconoce menos riesgo, que en el estremo contrario: *Sed in ea parte majus imminere videtur periculum, si non obediero.*

D. Bern. epist. 42.

Esto, que en el Santo fuè impulso de profunda humildad, y exemplar abatimiento, pues estaba iluminado con una celestial doctrina, y angelica eloquencia, en mì huviera sido verdadero efecto de mi insu-

ficien-

ficiencia, la que me huviera hecho retroceder, à no haverme esforzado la poderosa razon del Santo.

Y à vista del justo temor, que por esta causa me hà acompañado, debo confesar tambien, que en orden à cumplir con mi encargo, he procurado aplicar el trabajo, y estudio que me hà sido posible: *Studium est vehemens applicatio animi ad aliquid agendum*, examinando lo que se havrà de decir, y fundar, para que tenga la perfeccion, y lógro, que se desea: *Expugnandum esse sermonem, & adhibendam esse rationem*: y mas haviendo de sujetarse à la censura de tan superior juicio, haviendose siempre de estàr en la verdadera inteligencia, de que con otra cosa no puedo llenar tan digno de respeto precepto, que con lo que en èste Papel se contuviere, razon que hace, que en mì las palabras de los Apostoles, al principio citadas, se vean cumplidas; como le sucediò à San Pedro, quando sanò al Cojo, que lo era de nacimiento, quien repitiendo, que no tenia oro, ni plata, no le diò limosna, y sì lo sanò.

Cic. *in Rethor.* | Leg. Donysius Labeo, 27. ff. de testam.

Pero como para inferirse legitimamente las questiones de derecho, que en el progreso de este Pleyto se han subcitado, es necesario hacer narracion del hecho,

cho, reduciendolo èste à lo mas breve ante todo, siguiendo à los Emperadores, Diocleciano, y Maximiniano, en la Ley, que comienza: *Ut responsum congruum accipere posis incere pacti exemplum*; y Dionysio Labeon, escribiendo à su Amigo Selso, ibi: *Aut non intelligo, quid sit, aut valde stulta est consultatio tua*; paso asi à demonstrarlo, teniendo por cierto necesitarà se le supla mucho de lo que le faltàre, remedio con anticipada prevencion de los mismos Emperadores Dioclesiano, y Maximiniano, *ut quae desunt advocatis; judex supleat: ad rem ergo.*

Leg. 15. ff. de transact.

Leg. Donysius Labeo, 27. *ff. de testam.*

Hujus litis factum, et narratio.

1. MARI-

1. MARINA DE MIRABAL OTORGò su testamento, baxo del qual falleciò por los años de 1564. y por una de sus clausulas ordenò, que perpetuamente en el Monasterio de Santa Clara de la Isla de Tenerife, donde era vecina, se le dixesen quatro Fiestas en cada un año por su Alma, y de sus defuntos Padres, para lo qual adjudicò unas Tierras, y dispuso, que la tenencia, y posesion de ellas por fin de sus dias, se las dieran à Gaspar Justiniano, y lo nombró por Patrono de este Anniversario, y cumpliera la dicha carga, y que èste Gaspar, ò en vida, ò al tiempo de su muerte nombràse à uno de sus hijos legitimos, que fuese mas *virtuoso*, que èste pudiese nombrar à otro Patrono, que fuese hijo legitimo de grado en grado, y à falta de descendientes del que succediese por nombre del dicho Gaspar, succediese el Pariente mas propinquo del que fuese nombrado por èl; de suerte, que en el dicho Patronato succediese el que nombrase el dicho Gaspar Justiniano, y succesivamente como dicho havia, y mandò se cumpliese lo dicho, y esta su voluntad, aunque faltàra alguna substancia, que el Derecho permite. Fol. 18.

Fol. 28. 2. Con efecto, poniendo en práctica la dicha facultad, el citado Gaspar Justiniano nombrò, para que succediese en el dicho cargo, y Patronato, à su hijo Bernardino Justiniano, y por no haver nombrado èste, entrò en su goze Doña Leonor Justiniano, casada con Pedro de Soria, y èste otorgò un Codicilo en el año de 1655. en que dixo, que en èste Patronato era Succesora su hija Doña Ana de Roxas Justiniano, y que por su muerte lo havia de gozar Don Bernardino del Oyo, sobrino de la Doña Leonor, su Muger, y Primo hermano de la Doña Ana; y èsta en 1665. nombrò al D. Bernardino, por cuya causa Doña Juana de Santa Lucìa, Religiosa en el Convento de Santa Catalina, contradixo la posesion, que de dicho Patronato se le havia dado al D. Bernardino, alegando, que el nombramiento hecho por la Doña Ana, su hermana, havia sido nulo por las razones, que sentò, y no son del caso explanarlas, porque para èl en disputa no hacen, y solo sì, que ultimamente se declaró al Don Bernardino por Succesor en el dicho Patronato.

Fol. 63.

Fol. 31. b.

Fol. 33.

Fol. 75.

3. En èste estado, poseyendo yà Don Diego Lercaro Justiniano, nieto en segundo grado de Argenta

Justiniano, hermana que fuè del primer nombrado Bernardino, por su Testamento ordenò, y nombrò de Succesor en èl à Don Simon Norverto Lercaro, hijo menor, y que la pertenencia de los demàs Vinculos que gozaba, correspondìa à su hijo primogenito Don Angel Damaso Lercaro. Fol. 98. b.

4. Mediante dicho nombramiento, estuvo poseyendo quieta, y pacificamente el Don Simon, à vista de su hermano Don Angel, à quien, segun produce el Testimonio presentado por Doña Rosa de los Autos, Fol. 259. que su Padre siguiò en aquellas Islas con Juan de Leon Peña, y otros Consortes, sobre la restitucion de tierras de este Patronato, que por apelacion de Don Simon vinieron ante V. S. y se determinò à favor de este, à pedimento de los tales Detentadores, se le hizo saber al Don Angel Lercaro el estado de dichos Autos, quien sin embargo de ello, no tratò de usar de la correspondiente accion para la reivindicacion de las tierras por otros Poseedores enagenadas.

5. En èste Pleyto se fundaron el Juan de Peña, y demàs, en que la eleccion hecha en el Don Simon fuè nula; porque solamente èsta fuè ceñida para Gaspar Justiniano, su hijo, y no otro alguno, que por

Fol. 261. lo tanto no era parte legitima, y à esto satisfizo la Parte actora, con que el nombramiento era válido, pues havia sido Real, perpetua, y transitoria à todos los Succesores la facultad de elegir.

6. Y haviendo dexado por su hijo el Don Angel, hermano del Don Simon, à Diego Lercaro Justiniano, èste, no obstante de que su Padre no se opuso, ni contradixo la posesion, y pertenencia, que de este Vinculo tuvo el dicho su hermano, pretendiò en la Real Audiencia de dichas Islas, se declarase tocarle, y pertenecerle el dicho Patronato, y por Detentador al Don Simon su tio, porque el nombramiento havia sido nulo; y presindiendo por ahora de las razones, en que se fundò, para esta demanda, à que satisfaciendose en su debido tiempo, y lugar, se explanaràn, y omitiendo por ahora tambien las en que sostuvo el Don Simon Lercaro su solicitud, respondiendo à la del Don Diego, reducida à que se declarase no haver lugar à la instaurada por su sobrino, se le absolviera, y diera por libre de ella; puestos los Autos en estado, se recibieron à prueba, en cuyo tiempo falleciò el Don Simon, dexando nombrada à su hija Doña Rosa por succesora del tal Vinculo, con cu-

Fol. 1.

Fol. 112.

Fol. 135. b.

Fol. 148. b.

ya

ya personalidad siguiò, y continùa èsta los Autos; y haviendose proveìdo difinitivamente en aquella Real Audiencia que pertenecìa, y tocaba al Don Diego, y que à su consequencia se les restituyesen los bienes con frutos desde el dia de la contestacion de la demanda, se apelò para ante èste superior Tribunal. Fol. 158.

7. Y en esta segunda instancia hà presentado la Doña Rosa testimonio dado con mandamiento judicial del Teniente de la Laguna del testamento, que otorgò Andresa Martin, muger que fuè de Pedro Hernandez, en que declarò, que quando su hijo Amaro se casò le havia hecho donacion de varias Posesiones, con condicion, que èl, sus herederos, y succesores tuviesen la obligacion de mandar decir cierto nùmero de Misas despues de su fallecimiento, y ratificò con el tal cargo la dicha donacion, nombrò al relacionado su hijo por Patrono, y despues de èl à la persona que èl nombràra, siendo hijo suyo varon, y no lo haviendo, en el que tuviera; porque asi, el que gozàra los tales bienes, cuidàra de cumplir la citada memoria, y pagar la limosna de ella. Fol. 197.

8. Este Patronato lo gozò Don Lorenzo Fer-

nandez

nandez Leal, quien tuvo por sus hijos à Don Matèo Fernandez Leal, y à Don Pedro: èste por fallecimiento del dicho su Padre entrò en el goze dèl; pero su hermano Don Matèo Leal, que tenia nombramiento del Don Lorenzo, pretendiò, que sin embargo de la posesion, que parece gozaba su hermano, como nombrado, se declaráse tocarle, y pertenecerle el tàl Patronato; asi se proveyò por Auto del Juez Ordinario de la Laguna en el año de 1740. y condenò al Don Pedro Fernandez à la restitucion de frutos desde la contestacion de la demanda; y haviendose apelado de este Auto por el Don Pedro à la Real Audiencia de aquellas Islas, se proveyò otro confirmando el del Juez Ordinario, con que la restitucion fuese desde la detentacion; y ultimamente, haviendo venido dichos Autos à esta Real Audiencia por apelacion de Don Gregorio Josef Fernandez Leal, hijo de Don Pedro, se declarò tocar, y pertenecer el dicho Patronato al Don Matèo, como nombrado por el Padre comun, se confirmò el Auto de la de Canarias, y se condenò en las costas del recurso à la Parte apelante, como todo asi lo produce el Testimonio, que hà presentado la Doña Rosa de la Provision de V. S.

Fol. 200.

que

que à dicho fin se despachò, y por otro dado à pedimento de esta, resulta, que el Don Pedro Fernandez, la expresion de agravios, que hizo en èste superior Tribunal, ò su hijo en su representacion, la fundò, en que la succesion era regular, y que asi se havia observado, poseyendo siempre el Mayor, que en esta posesion havia èl estado tiempo de 34. años à vista, ciencia, y paciencia de su hermano, que le perturvaba à titulo del nombramiento; que la eleccion havia sido personal, y no Real, y que el haver dicho la Testadora, que succediese su hijo Amaro, y que èste nombrase al que tuviese, fuè dàr reglas para la Primogenitura.

9. Este es el hecho, en que legitimamente queda substanciado el Pleyto, para vèr si se deba revocar la providencia de la Real Audiencia de Canarias, y de que se deducen las defensas, y fundamentos, que asisten à la Doña Rosa, y se persuadiràn por dos medios: en el primero, que por ser Anniversario, y no Mayorazgo, la disposicion de Marina Mirabal, no se hà de succeder por el orden regular de estos, y por consiguiente vàlido, y subsistente el nombramiento hecho por Don Diego Lercaro en Don Simon, y el de èste

en la Doña Rosa: y el segundo se reducirà, à que aùn conceptùandose como Mayorazgo, ò Vinculacion, no es de las regulares, y sì electiva por la naturaleza, y causa final, que en la tal disposicion se demuestra, y por esta razon es perpetua, y transitoria la facultad de elegir.

ARTICULO I.

SOBRE QUE POR SER LA DICHA DISPOSICION propriamente un Anniversario, lo que en sì contiene, no se debe succeder por el orden regular de los Mayorazgos de España.

10. POR quanto la naturaleza, y esencia de las cosas, ninguna otra mas bien, y perfectamente nos la demuestra, que su propria difinicion, segun lo sienta el Sr. Molina con otros, tratando de difinir el Mayorazgo, es inomitible, para que vengamos en conocimiento, de que quiera decir Anniversario, el que lo difinamos; y registrando para ello à algunos Doctores del Derecho, entre estos al Perez de Lara, quien para semejante materia es de los mas electos, y dice: *Quod Anniversarium est memoria, quae pro Missis annuatim celebrandis, vel festivitatibus, & causis piis à Fidelibus relinquitur*; y yà es de notar, el que asì como el Mayorazgo regularmente difinido, lle-

D. Molin. *lib*. 3. *cap*. 1. *n*. 1.

Lib. 1. *cap*. 1. *n*. 26.

llevan los Autores, que es un derecho de succeder en los bienes, para que perpetuamente se conserven en la familia, y que el Primogenito mas proximo los goze, carezca de esta ultima addiccion la difinicion del Anniversario.

11. Mas, què hay que detenernos? Quando si tambien es cierto, como afirma el mismo Sr. Molina, y llevan los Filosofos, en todas las cosas el fin de ellas es su principio, que es decir, que la causa final es la que se debe atender, y la que motiva diferencia entre las cosas; veamos que el fin, y objecto del que funda el Mayorazgo es, segun su difinicion lo demuestra, y el que los bienes se conserven en la familia, y que se le hayan de dàr al Primogenito; de cuya verdad nos hace capaces el proprio Sr. Molina: Mas como sienta el mismo Lara, el que dexa Anniversario ante todo se favorece à sì, y à su alma, y no lo funda para el bien principalmente de su heredero, ò de quien lo hà de poseer, *quod magis praesumitur diligere animam suam, quam filium, sororem, & caetera omnia*; de que se infiere, que por la causa final es diferente el Mayorazgo al Anniversario. Ahora bien: en quanto à que los bienes del uno, y del otro no se

*Dict. lib.*1. *cap.* 5. *n.* 15.

Dic.lib. & cap. prim.n. 22.

pue-

pueden enagenar, es certisimo, como tambien, el que ambos sean perpetuos: Pues en què consiste la diferencia? Yà responden, el Flores de Mena, y el Perez de Lara, fundados en la Constitucion Synodal del Sr. Cardenal Quiroga, que las cosas afectas *onere Anniversarii*, se le han de dàr à uno de los hijos, *vel sorte*, *vel conventione*, en recompensa de lo bien, que lo haya hecho con su Padre.

Lib. 1 *var. quæst.* 18. *n.* 24. Et Lar. *dict. lib.* 1. *cap.* 7. *n.* 60.

12. Dice esta Constitucion, recopilada por dicho Sr. Cardenal: *Otrosi, gobernamos, y mandamos, que por quanto de partirse las heredades atributadas à la Iglesia, Cabildos, y Anniversarios, sucede, que las Memorias, que sobre las dichas heredades se cargan, se pierden, y vienen en olvido; de aqui adelante no se repartan, y dividan entre los herederos, sino que el uno de ellos las tenga, y pague el tributo.*

13. Yá se vè no dice se dèn al mayor, y mediante à ser materia piadosa el Anniversario, en este caso dicha Constitucion es la que gobierna, ademàs de que en sì lo comprehende: tambien se vè, que no priva à ninguno de los herederos de la succesion, y como que si se le huviera de dàr al mayor, resultarìa la

pri-

privacion de los demàs, por eso, y porque la constitucion resiste semejante privacion, *& in materia privationis si expresse cautum non est, non inducitur dispositio*, como lo prueba el Tello Fernandez, dichos Autores sabiamente resolvieron para no ser inventores de dicha privacion, y cumplir con el tenor de la constitucion, que por suerte, ò pacto se diesen los tales bienes atributados.

In Leg. 6.Taur. *n.* 20.

14. Meditaba Marina de Mirabal, como christiana, y temerosa de la muerte, dexar bienes, para que despues de ella se dixesen Misas, y Festividades annuales para alivio de su alma, y las de sus Padres hallandose en el Purgatorio: tenia tambien presente, que si los dexaba vinculados, para que en ellos se succediese por el orden regular, podria darse el caso, en que no se cumpliesen los Sacrificios, porque el Primogenito no fuese el mas desinteresado en su proceder, y recto en el obrar: à ello tambien se agregaba, querer tuviese cumplimiento, lo que la Santa Synodo encarga à los Reverendos Obispos, sobre que cuiden, que los Sacrificios de las Misas, oraciones, y limosnas, que por sufragios de las Benditas Animas se aplican, se hagan piadosa, y devotamente: *Et quod*

San-

Lib. 2. de los Machab. cap. 24. *Sancta, et salubris est cogitatio pro defunctis.* Parece que tambien tenia à la vista la resolucion de dichos Autores, sobre que por suerte, ò convencion se dèn los bienes de Anniversario; y en medio de todo esto, yà para que su voluntad tuviese efecto, y cumplido fin, y yà para ir conforme à lo que las disposiciones Canonicas, Sagrada Escriptura, y sus Expositores sientan, determinò hacer el Anniversario electivo, para que de este modo el que nombrase, como que el nombramiento no havia de tener efecto hasta su fallecimiento, con el que se acababa el goze de los bienes, procurarìa hacerlo, en el que conociera, que segun su virtud, y buenas costumbres, cumplirìa sin omision alguna con su encargo, y por eso, como en el nùmero primero queda sentado, previno al Gaspar Justiniano nombrase à uno de sus hijos, el que fuese mas virtuoso.

15. Sigue, en corroboracion de lo expuesto, que el mismo Flores de Mena dice: *Quod per oneris impositionem Anniversarii nòn inducitur Majoratus*; y aunque queriendo algunos recurrir, como el Antonio Peregrino, à la interpretacion de semejantes disposiciones, de forma, que por ellas se presuma Mayorazgo, yà el mismo Antonio Peregrino, y el propio Lara,

Dic. lib. 1. & quæst. 18. n. 46.

De Fideicom. Artic. 11. n. 43.

nos

nos manifiestan, han de ser estas presunciones de tal naturaleza, que necesariamente concluyan, como si se probase, que el Testador antes de fundar el Anniversario havia expresado, que queria hacer Mayorazgo, ò si llamase à los Varones con exclusion de las Hembras, oponga el gravamen, que el Succesor hà de tener el Apellido, y Armas del Fundador (ninguna de estas cosas concurre en la fundacion de Marina Mirabal n. 1.) y aunque se quisiera decir, que estos casos sentados por los citados Autores, no fueron traidos taxativamente, sino por exemplo, y à aclarar el concepto, de que hablan; tenemos, que en modo alguno se puede interpretar nuestra fundacion, para que el Primogenito succeda, por no concurrir ninguna de aquellas congeturas, de que hablan los expresados Autores, lo que corre sin respuesta, porque el Lara haciendose cargo de esta dificultad, dice: *Interpretatio sumenda non est quae incidere potest in casum, ut defunctus praejudicetur*; y de aqui se infiere para la question presente; es asi, que si se interpreta nuestra fundacion, para que succeda el Primogenito, puede darse caso, en que èste, ò porque sea *moribus improbus*, ò por otra qualesquiera causa, retarde la obligacion de su encar-

Dic. lib. cap. 3. n. 38.

go,

go, con lo que se perjudique á la Testadora, almas de sus Padres, y demás; luego se há sentado con sobrado fundamento, y es certisimo, el que nuestra fundacion no se puede interpretar, para que el Primogenito succeda, sino que hà de ser por eleccion; porque la Fundadora expresamente no dispuso lo contrario, y porque no se encuentra en la disposidion caso alguno de los que los expresados Autores hablaron, para que pudiera recurrirse à la interpretacion.

16. Yà se advertirà no haver objeccion, que desvanecer pueda las razones en que dichos Autores, y Textos con tan singular destreza explican el dicho Anniversario, orden, y forma con que en èl se debe succeder, quando la Testadora no dispone otra cosa, que ellas mismas, son pruebas eficaces de la verdad, y justicia, que à la Doña Rosa asiste, y favorece; de suerte, pues, que parece fueron escritas à medida de su deseo; y asi tengo por superflua toda otra qualesquiera prueba, que intente persuadir ser Anniversario el presente, y que ello es la causa de no succederse por el orden de primogenitura, que quiere le favorezca el Don Diego Lercaro, y si me fuera permitido detenerme, yà se le hiciera à este vèr, que aùn en muchos

lu-

lugares de la Sagrada Escriptura se lee, que el mismo Dios prefiriò al segundo genito, como succediò con Abèl, Isaac, Jacob, y Phares, que no obstante de ser Menores, que sus hermanos Chain, Ismaèl, Saul, y Zaran, fueron antepuestos en su amor, con que yà vèmos, que aun por derecho divino no tiene el Primogenito tan corriente la presuncion à su favor, y aùn la que quiere le asista, segun el Patrio Real, y comun, no milita en el presente caso; porque como en la segunda Parte se manifestarà, tiene esto sus inteligencias, y de todo se infiere, que es verdad conviene el Anniversario con el Vinculo, ò Mayorazgo; pero es en quanto uno, y otro son perpetuos, y que no se pueden enagenar sus bienes; mas en quanto à la succesion se diferencia, en que aquel se necesita, que expresamente se prevenga la succesion por via de Mayorazgo, ò que concurran las circunstancias en la fundacion, que sentadas quedan, y no concurren en nuestro caso, porque se hà hecho manifiesto, y probable el primer medio ofrecido; y llegando yà à la segunda Parte, es como se sigue.

ARTICULO II.

SOBRE QUE POR SER MAYORAZGO, O VINculacion irregular la que se contiene en la disposicion de Marina Mirabal, mediante la naturaleza de la Eleccion, que previno, y la causa final à que mirò, es perpetua, y transitoria la facultad de elegir.

17. SI de lo en el anterior dicho, clara, y evidentemente se comprueba, que por razon de el Anniversario se debe succeder por nombramiento, siendo perpetua la eleccion concedida à los dos primeros Poseedores, Gaspar, y Bernardino Justiniano, razon porque el que Don Diego Lercaro practicò en Don Simon su hijo, y el dado por èste à la Doña Rosa, sean vàlidos, y susistentes, igual confirmacion de esta verdad, nos produce el presente Articulo en las doctrinas, y materias, que en èl se controvierten, sin que en manera alguna puedan hacerlas descaecer las razones, que parece les son opuestas; pero como se harà vèr con la correspondiente solucion, quedaràn desvanecidas.

18. Sin disputa es sentado, que los Mayorazgos, y Vinculaciones, ante todo, son dos sus especies; con-

conviene à saber, dividense en regulares, ò irregulares; asi lo afirma entre otros el Sr. Roxas de Almanza, quien subdividiendo à estos entre diferentes especies, dice es el Mayorazgo electivo, el propio, que teniendo presente la irregularidad de estos Mayorazgos, pone la question siguiente: *An si Fundator primo possesori à se nominato dedit facultatem eligendi sibi successorem, intelligi debeat realis ad caeteros omnes Possessores, vel si tantum personalis*; y sin embargo, que expresamente no resuelve, es innegable ser su opinion, el que es real, y transitoria à todos los Poseedores la dicha facultad de elegir dada al primero; lo que tiene su fundamento, en que por una parte, vemos, que aunque no resuelve, cita à otros Doctores del Derecho, como à el Sr. Castillo; y por otra se reconoce (que sentando dicho Señor Roxas, el que se limita dicha facultad de elegir, en el caso que de la disposicion constan otros llamamientos, que en la nuestra, como se harà vèr, no tenemos) haver sido de sentir, de que es transitoria la dicha facultad.

Disput.1.quæst.1.

Num. 157.

Num. 158.

19. Haciendose cargo dicho Sr. Castillo, citado por el Sr. Roxas, de que ni el Sr. Molina, Mieres, ni

Lib.5. controv. cap.87.n.17.

otros

otros Reinicolas, procuraron investigar la verdad de esta dificultad, porque no han tratado en terminos la question; resuelve, que la facultad de la eleccion concedida al primer llamado por el Instituidor, se entiende repetida para con los demàs Succesores; de suerte, que siempre por eleccion se hà de succeder, y no se acaba en el primero, sino que en todos vuelve à revivir la dicha facultad; fundandose dicho Autor en la materia à que està sujeto el Mayorazgo; conviene à saber, la perpetuidad, y como que el elegir es inherente, segun dicho

N.18. Castillo, al mismo Mayorazgo, asi como èste por su naturaleza es perpetuo, del proprio modo el derecho de elegir: De esta opinion tambien lo fuè Jacobo Me-

Concil. 158. *n.* 80. *lib.* 2.

noquio; pues sin embargo de que en los proprios tèrminos, no tratè la question del dia, con todo sienta, que la facultad de elegir dada à los hijos varones, se entiende repetida en la substitucion, que se hace de las hijas, y esto lo que quiere decir es, que la forma, orden, y modo no es necesario se haya de repetir en todos los llamados, sino lo dispuesto para con los primero, es la regla, que debe gobernar para con los demàs: Bien claro nos lo dice el Mieres, quando sienta, que el orden, que se dà entre los primeros nombrados,

De Majorat. part. 2. *quæst.* 6. *n.* 278.

servari debet inter reliquos substitutos: ni quiso probar lo contrario, quando expresa, que si el Testador dà facultad al Comisario, que pueda nombrar en el tercio, y quinto à el hijo, que quisiere, si fuere antes muerto, de haver hecho la nominacion su heredero, no puede hacerla, pues es caso diverso de quando se dà facultad al Comisario, ò quando se le concede al Poseedor; porque aquel, como dice el Sr. Molina, tiene la tal facultad *jure alieno*, y à èste le compete *jure proprio*; porque es coherente à la misma succesion, y asi como lo mas principal, que es esta, se transmite, del propio modo la facultad de elegir; en cuyo sentido se debe entender en el lugar citado al dicho Sr. Molina, quando propone: *Quod facultas eligendi, quae venit in consequentiam alicujus juris, jure proprio competentis ad haeredes transitoria sit; si tamen electio competa nomine alieno, ea eligendi facultas ad haeredes transire non potest*; y esta es la que se dà al Fideicomisario, en virtud de la qual, ni se puede elegir asi, ni à su hijo, como afirma el mismo Sr. Molina; con lo que aclara su concepto, y distincion; pero quando se dà la facultad al ultimo Poseedor, como en nuestro caso, que se le diò à el hijo de Gaspar Justiniano,

Part. 1. quaest. 48. n. 190.

Lib. 2. cap. 4. n. 62.

Dic. lib. & cap. n. 59.

se-

segun queda sentado al n. 1. aunque la Testadora no lo huviese dicho, podia nombrar à su hijo; porque dicha facultad le competìa *jure proprio*, *hoc ipso*, que era Poseedor.

19. Parecìa, que el derecho de elegir no es, como và dicho, accesorio à la succesion, que es principal, ni tampoco el que nomìne propio, elija el Poseedor, sino *jure alieno*; pero à estas dos tan grandes dificultades se satisface, en primer lugar, negando, que instituìdo el Mayorazgo, ò por contrato, ò por ultima voluntad, no proceda disposicion à la misma eleccion, que es accesoria à aquella como principal, porque verdaderamente precede dicha disposicion transmisible à los herederos, de tal suerte, que es perpetua por su naturaleza, segun lo dicen el citado Sr. Molina, y Mieres, porque sientan, que en los Mayorazgos de España se succede *in millesimo gradu*, y asi como vemos, que la succesion es perpetua, corre sin disputa el que el derecho de elegir lo sea del propio modo; y en quanto à lo segundo, aunque es verdad, que *ex facto*, proceda la facultad de elegir del Instituidor, no por eso dexa de tenerla *jure proprio* el eligente, porque nombrando consigue la utilidad de elegir, escogiendo al

Dic. lib. 1. *cap.* 3. *n.* 14. *dic.lib.* & *cap.* 4. *n.*49.

Mier. *part.* 2. *quæst.* 6. *n.*140. 141. *y* 304.

que tenga por conveniente, y le resulta la de cumplir la voluntad del Testador; de que se infiere legitimamente, que con arreglo à lo sentado en el n. 1. 3. y 6. el derecho de elegir dado à Gaspar Justiniano, y con repeticion à su hijo, no espirò en estos, ni acabò en la linea de Bernardino, sino que haviendo pasado à la de Argenta Justiniano el nombramiento hecho por Don Diego Lercaro en Don Simon su hijo, fuè, y es vàlilido, y por consiguiente, el que tiene la Doña Rosa del citado su Padre Don Simon.

20. Tambien es de esta opinion el Burgo de Paz, quando resuelve, que si à alguno se le concede Enfiteusis, y à otros dos, que èl nombràre, muerto el Enfiteuta, el derecho de nombrar pasa à su heredero, *ex jure sibi transmiso*; mas, què otra autoridad necesita la Doña Rosa, que la que se contiene en el num. 8. à consequencia de lo sentado en el septimo? Porque à la verdad, se està disputando sobre una cosa, que yà èsta Real Audiencia tiene desidido en el Pleyto, que siguiò Don Matèo Fernandez Leal con Don Pedro su hermano, pretendiendo la posesion, y pertenencia del Anniversario de Andresa Martin, y en que yà queda dicho obtuvo el Don Matèo, mediante el nombramiento

Leg. 1. Taur *n.* 428.

de

de su Padre, sin embargo de que el Don Pedro (como ahora el Don Diego alega) expusiese, que la succesion era regular, que la eleccion havia sido personal, y no real; y de este antecedente, se infiere por legitima consequencia, que al Don Diego Lercaro le perjudica esta superior decision, como cosa juzgada, atendiendo al fin para que fuè inventada, y cuya esencia se conoce, en que no se puede resindir lo determinado, y en esto se diferencia de la sentencia, y si el fin de aquella es el evitar disputas en lo succesivo, teniendo en consideracion el publico interès, y beneficio, que la Republica experimenta, de que se acaben los Pleytos, segun lo dicen el Acebedo, y el Sr. Gregorio Lopez, puede la Doña Rosa llamarse la mas afortunada; y porque se presume la Justicia, que asistiò en aquel Pleyto, constituyendo por lo que dice el Menoquio, *praesuntio juris, & de jure*; porque constituye un derecho quasi *omnes*; y de aqui dice el Escobar, *quod non de illa, sed secundùm illam esse judicandum*; y el Pareja, haciendose el cargo de esto mismo con el Gutierrez, expresa, *quod absque dubio sententiae in rem judicatam transactae pro veritate habentur*; y ahora bien: si para aquella superior Decision, en el

Leg. 1. tit. 4. lib. 4. Recopilat.

Part. 6. tit. 6. leg. 9. Glos. 3. y 4.

Lib. 1. Præsump. 67. n. 48.

De purit. & nobilit. proband. part. 2. quæst. 4. Art. 4. n. 25.

Tit. 5. Resolut. 9.

Pley-

Pleyto de Andresa Martin, en que se aprobò el nombramiento hecho en Don Matèo Leal, se tuvieron presentes, las mismas razones, en que en el dia se funda el Don Diego Lercaro, mediante la identidad de uno, y otro caso, *eadem debet esse dispositio*, por la regla de derecho, que dice, *quod ubi est eadem ratio, ibi debet esse eadem dispositio*, y es en la que se fundan el dicho Pareja, y Gutierrez, en lo que sientan en los citados lugares.

Lib.3. quæst.17. n.78.

21. Tiene tambien contra sì el Don Diego, lo que se registra al n. 4. y 5. de esta Alegacion, porque vemos, que el Padre de este Don Angel Lercaro, sin embargo de que se le citò para reivindicar (con presicion) las tierras de este Patronato, y se le investigò por Juan de Peña, y Consortes à Don Simon, ser invàlido el nombramiento que tenìa, y lo quisieron sostener en lo propio, que dicho Don Diego lo funda, y nada pudieron conseguir, y porque està claro, que yà estos fundamentos estàn muchas veces desestimados por este superior Tribunal: con que concurre, el que mediante à haver el dicho Don Angel virtualmente renunciado esta succesion, no puede obtener su hijo, y aunque en esto no me detendrè mucho, por-

H que

que la principal defensa no consiste en probar si esta renuncia serà vàlida, ò no, y si podrà perjudicarle al Don Diego, con todo no puedo omitir, el que si el Padre, ò la Madre quiso instituìr à su hijo, ò hija, ò por el contrario, y el que havia de ser instituìdo renunciò, ò consintiò, que se instituyese otro *talis consensus, vel renunciatio tenet, & valet*; porque como introducido en su favor éste derecho, bien puede renunciarlo; asi lo afirma, y prueba el Antonio Gomez, de que se infiere, que la renuncia de su Padre, aunque tacita, le perjudica al Don Diego, *quia taciti, & expresi idem est judicium*, segun lo dice el Sr. Roxas de Almanza; y no hay que detenernos, en que protestase el Don Angel no le paràse perjuicio la notificacion, que se le hizo, para que saliese à aquellos Autos; *quia protestatio contraria actui, de quo protestatur, nullius est momenti*, segun lo sienta dicho Gomez, y otros muchos lo corroboran: siendo de la mayor consideracion la posesion, que à vista, ciencia, y paciencia de su hermano tuvo el Don Simon; y si huviera, que no la hay, duda en si la Testadora tuvo intencion, ò no, de que la eleccion fuese perpetua, mediante la posesion del Don Simon, está la determi-

Leg. 24. Taur. *n.* 50.

Disput. 1. *quæst.* 3.

Leg. 45. Taur. *n.* 44.

terminacion por la Doña Rosa, yà porque en duda se hà de juzgar por el Poseedor, ò à su favor, y yà porque no hà probado el Don Diego, como correspondia; que la mente de Marina Mirabal, fuè el que la facultad de elegir la tuviesen solamente aquellos dos nombrados, y que no podia pasar à otra linea, pues segun tambien se harà vèr, esta prueba debe ser, no *per possibile, sed per necesse.*

22. No puede hacer mudar de semblante, el que dicha facultad sea Real, y transitoria; porque el Sr. Gregorio Lopez diga, que si el Rey concede à alguno el privilegio para fundar Mayorazgo, y que pueda elegir à uno de sus hijos, si eligiere, el electo no tiene la facultad de su Padre: pues à esto responde el Sr. Castillo, ser diferente èste caso à èl en question, porque alli la facultad de elegir es en virtud de facultad Real, y aqui es por concesion del mismo Testador; por cuyo orden satisface à algunos otros reparos de Autores, que en contrario parece se movieron, bien que ninguno toca tan en terminos la disputa como dicho Sr. Castillo; quien ademàs de lo antes dicho, fundamenta su opinion, con que la voluntad tàcita, verosimil, y presunta està à favor de la Doña Ro-

Leg. 32. tit. 9. part. 6. Glos. 3.

Dic. lib. 5. cap. 87. n. 28.

N. 29.

Rosa, y de la eleccion, que haviendose concedido por la Fundadora al primer nombrado, y no haviendo hecho otros llamamientos, ò substituciones, *videtur repetita in omnibus eadem facultas*; pues no es creìble huviese dexado de hacer otros llamamientos, sino huviera instituido un Mayorazgo perpetuo electivo, y porque à no haver querido, que asi fuese con facilidad, pudo haverlo expresado; à que se agrega, que todos los Poseedores se reputan por una persona, en quienes se representa el Vinculo, como yà queda sentado.

23. Yà veo, que el Don Diego (porque en ello se funda) nos dirà, que es cierto, el que quando no se hacen otros llamamientos, sea electivo el Vinculo; pero que haviendolo en la fundacion de Marina de Mirabal, quando dixo, que á falta de descendiente, del que succediese por nombre del dicho Gaspar, succediese el Pariente mas propinquo del que fuese nombrado por èl, y que éste es un llamamiento notoriamente regular, diverso del primero, estando en este caso, se debe succeder con arreglo á los Mayorazgos de España.

24. A que se responde con dicho Sr. Roxas de Almanza, que quando el Testador en su testamen-

to añade alguna cosa, que por necesidad de ley se havia de hacer, aunque èl no lo huviese expresado, tal addicion no aumenta, ni inmuta la disposicion, porque aunque no lo dixese havia de succeder; cuyo fundamento lo propone dicho Sr. Roxas, para corroboracion de su opinion, reducida à que si la facultad de elegir concedida, à ella agregase el Testador, que muerto el ultimo Poseedor sin haver elegido, succeda entonces, el pariente mas propinquo del ultimo Poseedor, no està este obligado à elegir al pariente mas propinquo, que el Testador llamò en el caso de que no se eligiese: es asi, que quando Marina de Mirabal diò la consabida facultad à aquellos dos primeros Poseedores, esta disposicion, *ita in jure se habet*, que aunque la Testadora no lo huviese expresado, muerto el Poseedor sin haver elegido, debìa succeder el hijo primogenito varon, como lo dicen el dicho Sr. Castillo, citado Sr. Molina, y el Aguila *ad Roxam*; luego aquellas palabras añadidas por la Fundadora, no inmutan la fundacion, ni la facultad electiva dada por ella misma.

Dic.disp. 1. y *quæst.* 1. *ex n.* 168.*ad* 171.

Lib. 4. *cap.*36. *n.*6.

Mol. *lib.* 3. *c.*6.

*Part.*2. *cap.* 6. *n.*411.

25. Esto tambien se prueba con lo que dicho Sr. Roxas, Sr. Molina, y Sr. Balenzuela Velasquez ex-

*Disp.*1.*quæst.* 1. *n.* 29.

Lib. 1. *cap.* 6.

ponen, de que quando el Fundador dice succeda en
Conc. 97. n. 100. mi Mayorazgo, v.g. *Filius meus Petrus*, y despues de
èl su hijo primogenito varon, y por muerte de este su Nieto primogenito varon; y asi por este orden, este llamamiento, y expresion, segun con especialidad, dice el dicho Sr. Roxas, no inmuta, ni altera la naturaleza de este Mayorazgo, que es regular: y si huviera de correr la opinion del Don Diego, huvieran dicho el Sr. Roxas, y los demàs, que era de rigorosa agnacion, ò de masculinidad; pero como por necesidad de ley, aunque el Testador no huviese puesto semejante expresion, havian de haver venido, los que alli llamò, por eso no induce disposicion de la regular, y por lo tanto las palabras de Marina Mirabal no causan otra vinculacion diversa de la que comenzò por eleccion.

26. Ademàs, de que si dixeramos, de que las palabras puestas por Marina, causaban Mayorazgo regular, serìa decir, que la Testadora incontinenti a sì misma se corrigiò, y que quitò la facultad, que dexaba dada, lo
N. 173. dic. disput. et quæst. 1. que dice el Sr. Roxas, *quod in jure non creditur*; y asi, el que afirma, como el Don Diego Lercaro, haverse quitado la facultad dada à los primeros llamados, debe

pro-

probarlo, y esto, *non per possibile*, *sed per necesse*, porque la Doña Rosa se funda en la resistencia del derecho, que hace sobre la correccion de la misma disposicion, en que se estableciò la eleccion; y asi, segun el mismo Sr. Roxas, Sr. Vela, y Sr. Valenzuela, con otros muchos, que estos citan, quando el Reo tiene fundada su intencion, de *jure tunc probatio Actoris*, debe convencer la de aquel, *non per possibile*, *sed per necesse*; esto es, no por presunciones, sino por prueba clara, y evidente, de la que carece el Don Diego.

Disp. 1. quæst. 1.

Dissert. 46. n. 5

Conc. 92. n. 216

27. Pero quales hà de tener, quando las de hecho, y de derecho estàn por la Doña Rosa? Las de derecho por la perpetuidad de succesion, à que es adherente la eleccion; esto es, por la naturaleza del mismo Mayorazgo; y las de hecho por la qualidad, que apeteciò la Fundadora en los Poseedores, de que fuesen virtuosos, y por la causa final à que mirò; pues recurriendo à lo que en derecho hai dispuesto, en quanto à aquellas, se nos pone ante todo à la vista, lo que dicho Sr. Molina, tratando de diferentes reglas de derecho, que no tienen lugar en el Mayorazgo, teniendo presente la que alli cita, *quod verba pro lata de*

Lib. 1. cap. 6. n. 20.

pri-

primo intelligenda esse, atque ad unum tantum extenduntur, dice, que esto se limìta, ni si *rei natura perpetua sit*; porque entonces, *non in prima vice finitur, sed ad ulteriores in infinitum progreditur*, y tam-

N. 19. bien con otros muchos sus Sequaces, que siendo hecha la disposicion, que es necesario, tengan trato successivo, segun lo inducen en nuestro caso, las que en la fundacion n. 1. se encuentran; conviene à saber, asi succesivamente, como dicho es, *non sufficit momentaneum implementum, sed necesse est, quod idem implementum duret.*

28. Favorecele tambien à la Doña Rosa la presuncion de derecho, de que quando se fundò este Vinculo, era muy ordinario el succedente por eleccion: y

Lib. 2. cap. 4. in princ. esto tiene su prueba en lo que el dicho Sr. Molina expresa, de que se tenia por costumbre el succederse, no solo en los Països de Marina Mirabal, sino en todas partes, por los años de 1573. (que fuè en los que escribiò) por eleccion; con que teniendo la fecha dicha fundacion de 1564. se vè ser cosa cierta la dicha costumbre; pues quando escribe dicho Sr. Molina, que

Dic. lib. 1. vari. quæst. 78. n. 44. fuè por aquellos años, todavia era practicable, y en

Flor. de Men. este caso el Salazar, el expresado Flores de Mena,

con

con el Lara, dicen: *Quod consuetudo est servanda, et quod immemorialis tituli vim habet.* Sal. *de usu*, & *consuet. cap.* 12. *in fin.*

29. El Cardenal de Luca pone el caso, de que uno por razon de que se conservasen entre sus Descendientes los bienes, que poseia, se los donò à un su hijo, y descendientes dèl, por el orden succesivo, prohibiendoles la enagenacion, y concediendole al primer nombrado facultad para elegir entre sus hijos; no nombrò, y quedaron del susodicho seis, de los quales entraron dos en Religion, y renunciaron en uno de sus hermanos la parte, que à ellos les correspondia, razon, porque los demàs hermanos pretendieron fuese nula aquella eleccion, pues solamente havia sido ceñida al primer nombrado; mas el electo se fundò en que la dicha facultad se le havia dado á su Padre no taxativamente, sino demonstrativa para con los demás Poseedores, que huviesen de succeder, *sicut omnes in Adam representantur*, y por consiguiente, que esta facultad, explicada en los primeros, tiene lugar en los demás, que es la razon, que milita en la presente disputa: y el mismo Cardenal dice por su Resolucion, que quando la principal intencion del Fundador es la conservacion de los bienes, se entien-

Lara *dic.* 1. *lib. cap.* 5. *n.* 39.

De fideicom. discurs. 55.

N. 7.

de

de concedida la facultad de disponer à aquellos del linaje del llamado, aunque sean los mas remotos, sin ser necesario, que se guarde el orden de succesion, cuya doctrina, dice rige en el caso del fideiconmiso mixto, que es el restitutorio, y conservatorio; porque èste es el principal, y al que està adherente aquel, lo proprio, que concurre en nuestro caso, que la eleccion es accesoria al mismo Anniversario, que por su naturaleza es perpetuo en la succesion de èl: de que se vè, que por la esencia de este, las presunciones de derecho son para Doña Rosa.

30. Lo proprio, pues, succede en quanto à las de hecho, que le contribuye la mente de la Testadora por la qualidad, que apeteciò: y para que entendamos, què especie de congetura es la que gobierna en el presente caso, veamos al dicho Sr. Castillo, quien cita à Menoquio en sus presunciones, el que despues de sentar la etimologia de esta palabra *congetura*, dice, que por la que se debe interpretar la disposicion, es por la grave, vehemente, y probable, y esta es la que como extensiva, gobierna la tal disposicion de los Testadores; porque se funda en razon, y qual es la que concurre à la autoridad? Yà nos lo di-

Lib. 4. cap. 2.

Lib. 5. cap. 87. n. 1.

cen

cen tambien el mismo Sr. Castillo, y Menoquio, que las palabras del Testador se deben entender segun la materia, que en la propia disposicion, se tratàre, y que es regla theologica, y filosofica, *quod verba intelliguntur secundùm subjectam materiam*, y que ella declara su propio sentido.

Cas. 199. n. 2.

31. De este sentir tambien lo fuè el dicho Sr. Roxas, quando dixo: *Quod ratio magis atendi debet quam verborum ex pretio, et sicut corpus humanum ab ipsa anima dirigitur, ita lex, vel quaelibet dispositio à sua ratione regitur*, militando en nuestro caso la que se deduce de las palabras de Marina Mirabal, quando dixo, que eligiese el Gaspar Justiniano, al que fuese mas virtuoso, que fuè decir, que asi lo queria, para que no se retardase la obligacion del Anniversario, que fuè la causa final, que le moviò à fundarlo: y aunque se podia objectar, de que esto serìa bueno, para que la Testadora lo huviese expresado, yà por ser odiosa semejante succesion, y yà porque el conocimiento, que la Marina de Mirabal tenia del Gaspar Justiniano, no pudo tenerlo de los demàs Poseedores, como que no havian nacido.

Disp. 1. quæst. 12. n. 20.

32. Esto tiene contra sì; lo primero, que si cla-

ra,

ra, y expresamente lo huviese ordenado la Testadora, no podia haver la menor disputa, contra lo que literalmente estaba dispuesto; y lo segundo, que el Perez de Lara, Sr. Molina, Mieres, y el Sr. Castillo, con el Sr. Roxas de Almansa, dicen, se debe atender à esta razon, no solo quando es expresa, *sed etiam*, quando *est tacita, et conjecturata*: lo propio, que afirma el Antonio Gomez; porque dice, que la substitucion fideicomisaria, *etiam tacita voluntate Testatoris subintelligitur* en los casos, que alli pone.

Castil. *lib.6.cap.* 181.*n.*4. *& omn. in suis anteriorib.cit.loc.*

Lib. 1. *var. cap.* 5. *n.* 20.

33 Eso de que el primogenito tiene à su favor la presuncion, y que como odioso, que es el Mayorazgo de eleccion se debe restringir, tiene sus inteligencias, pues odiosa es la exclusion de las hembras anteponiendo à los varones mas remotos, y sin embargo de ello el dicho Sr. Molina, con otros muchos, es de la opinion, de que no solo quando expsesamente asi lo disponga el Fundador, se ha de observar semejante exclusion odiosa, sino tambien quando, *ex conjecturis constiterit mens institutoris fuisse, ut feminae propter masculos remotiores excluderentur*; y regular es el Mayorazgo de segunda genitura, y sin embargo de que se funde sin expresion de causa, si se infiere esta de lo dis-

*Lib.*3. *cap.* 4. *n.* 38.

dispuesto, es incompatible con el de *primae geniturae*; esto es, lo que dice el Sr. Roxas de Almanza; de forma, que si el Instituìdor expresase la razon porque funda el Mayorazgo de segunda genitura, ò segun como tambien dice, se infiriese ser esta su voluntad, esto hace, que faltando la linea del segundo genito, no debe volver al primogenito, sino à otro segundo genito: el propio Sr. Roxas, con el Sr. Castillo, y Sr. Valenzuela, hablando de la incompatibilidad de estos Mayorazgos, dice: *Quod ad cognoscendam rei, vel actus gesti naturam, principium, & causa semper attenditur*; esto es lo proprio, que el dicho Sr. Roxas expresa en el caso, de que dos Mayorazgos se junten en una casa por razon del matrimonio, que excediendo uno de la Suma impuesta por la Ley Real, se debe hacer division de ellos, escogiendo el Primogenito, el que quisiere, y llevando el otro el segundo; y poniendo yà el caso en estos terminos, pregunta, si acabada la linea del primogenito podran estos dos Mayorazgos juntarse en la linea del segundo genito, porque la del primero yà se acabò del todo, y porque la division, que previno la Ley, yà se havia hecho, y que esta se entiende por una vez, que

Disp. 2. quaest. 8. n. 10.

N. 6.

Lib. 5. cap. 155.

Conc. 100. n. 32.

es en lo que se fundan los que llevan esta opinion, y respondiendo dicho Sr. Roxas por la contraria, dice, que

N. 41. el acto, *interpretari debet secundum mentem, & intentionem disponentis.* Tambien expresa, que lo que hace por su naturaleza reiterable el acto, son las condiciones, clausula, y gravamenes, *quae in majoratibus apponuntur*, y entre los exemplos, que pone uno de ellos es, el Anniversario, que alguno instituye, señalando bienes inmuebles, y que se digan Misas por su alma, pues al modo que es Real este pacto, y gravamen, asi tambien la succesion por eleccion.

33. Esto tambien en otra parte lo dice dicho Sr. Castillo, y sigue el Hermosilla, pues no obstante de que la incompatibilidad en las vinculaciones causa irregularidad, dice aquel, que para conocer si es Real, ò personal, se ha de atender à la razon, que tuvo el Fundador, para que, segun ella, se juzgue; y este explica, que la prohibicion de enagenacion de bienes puesta à algunas personas, es personal, à no ser, que aparezca otra cosa, ò se infiera *ex verbis, vel ex ratione, qua motus fuit Testator*: Tambien el propio Cardenal de Luca en el caso, que alli pone, sobre la facultad dada por el Fundador, para que se

Lib. 6. cap. 181. n. 3.

Ley 43. tit. 5. part. 5. Glos. 1.

nom-

nombrase à uno, que estuviese proximo à casarse, & *habilis ad generationem*; dice, que haviendose nombrado à quien ya estaba casado, se respondiò ser vàlido el nombramiento en la Consulta, que para ello se hizo; porque no se debe atender à las palabras, sino à la substancia, fin, y objecto que tuvo el fundador. *Discurs. 262.*

34. Pero mas que todos està por Doña Rosa el citado Sr. Roxas, el que pregunta, si el Comisario à quien se le hà dado facultad para instituir Mayorazgo, podrà hacerlo incompatible, è irregular? Respondiendo, de que sì, y à la opinion de algunos, que en la suya no puede ser, porque el de agnacion, ò de masculinidad, como odiosos que son por la exclusion de las hembras, se debe restringir aquella facultad, estando por la negativa; esto es, por la contraria, que los tales Autores llevan, fundamentandolo dice, que con mucho mayor motivo lo puede hacer electivo, porque es muy conforme à razon, que si por casualidad en la familia, el hijo primogenito es de malas costumbres, ò no tan capaz, como el segundogenito, ù otro, para obtener la Vinculacion, sería cosa contra toda equidad, y justicia, que este se excluyese, y *Disput. 2. quæst. 2. n. 52.* *N. 65.*

el primogenito solamente por razon de serlo, succediese: y que son mas justos estos Mayorazgos, què los otros irregulares, porque los hijos procuraràn estàr obedientes à su Padre, le tendràn la mayor veneracion, y caminaràn à una vida ajustada, y virtuosa, con la esperanza de que el Padre hà de nombrar al que mejor conducta huviese acreditado; què otra razon es la que milita en la presente disputa, que la que abraza de justa dicho Sr. Roxas de Almanza? Y què otro fin mas, pudo tener presente la Fundadora, que el que tuviesen exacto, y cumplido efecto los Sacrificios, que dispuso, para lo que nombrase al que fuese mas virtuoso? Sin que sirva de ovise el que como Gaspar Justiniano estaba nacido, y lo conocia la Testadora, por eso à èste le diò la facultad, para que nombrase, porque de hecho conceptuaba, segun su proceder, lo harìa en el que mas virtuoso fuese, de cuyo conocimiento carecìa para con los demàs, que no estaban nacidos; pues haciendose cargo de esta dificultad el dicho Sr. Castillo, y el Menoquio expresan, no tiene lugar en el caso del Mayorazgo, que como por su naturaleza sea perpetuo, y tenga trato succesivo à los demàs, y

Lib. 4. *cap.* 36. *n.* 57. *y* 61.

Conc. 150. *lib.* 3. *N.* 8.

no solamente mira à las primeras personas, lo que para con estos se establece, se entiende tambien à todos concedido, y que de todos se tiene la misma satisfaccion; y como que la Testadora tenia presente, que quando se havia de hacer el nombramiento, se havia de desapropiar del Anniversario, buen cuidado tendria el que nombràra de hacerlo en el que conociese mas virtuoso.

35. Con cuyos fundamentos no puede quedar duda de la justicia, que asiste à la Parte de Doña Rosa, para que se revoque la Providencia de la Real Audiencia de Canarias, en que se declarò tocar, y pertenecer el Anniversario, ò Vinculo (llamese como se quiera) al Don Diego Lercaro; porque tiene contra sì quanto prometì exponer al num. 9. de esta Alegacion. Sevilla, y Mayo 11. de 1780.

Lic. D. Diego Miguèl Sanchez de Vega.

Està conforme con el Hecho, que resulta de el Memorial Ajustado, que corre impreso, cotejado, y firmado por las Partes: Sevilla, y Mayo 19. de 1780.

Lic. D. Fernando Saturnino Solano.

no solamente mira á las primeras personas, lo que para con estos se establece, se entiende tambien á todos concedido, y que de todos se tiene la misma satisfaccion; y como que la Testadora tenia presente, que quando se havia de hácer el nombramiento, se havia de desapropiar del Aniversario, buen cuidado tendria el que nombrara de Sucesor en el que conociese [illegible] virtudes.

(3) [illegible] no puede quedar duda de [illegible] de Doña [illegible], para que se [illegible] de la Real Audiencia [illegible] que se declaró tocar [illegible] el Aniversario [illegible] y llamarse [illegible] Diego [illegible] contra [illegible] de [illegible]

[illegible]